En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los catorce días del mes de diciembre del año dos mil dieciséis, los jueces de la Cámara en lo Penal de Trelew, integrada por los doctores Roberto Adrián Barrios, Omar Florencio Minatta y Alejandro Gustavo Defranco, con la presidencia del nombrado en primer término acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"Comisaría Seccional Primera s/investigación incendio - Trelew" (Carpeta 6052 OJ Tw, legajo 58161 OUMPF Tw)**, con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por el Defensor Público, Dr. Javier Allende en representación de D. R. G., contra la sentencia Nro. 2016/16 OJTw dictada en fecha 14/09/16, por la cual el nombrado fuera condenado a la pena de dos años y seis meses de prisión por ser autor material y penalmente responsable del delito de homicidio preterintencional (arts. 45 y 81 inc. , apartado "b" del C.P) por el hecho ocurrido el día 07/02/15 y en perjuicio de quien en vida fuera Mauro Damián Castaño, con mas la declaración de reincidencia (art. 50 del C.P.).

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 24/11/16 en la sede de este tribunal, intervino el imputado D. R. G. –cuyas demás circunstancias personales obran en autos-, y por la Defensa Pública el Dr. Javier Allende.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Alejandro Gustavo Defranco, Roberto Adrián Barrios y Omar Florencio Minatta.

El Juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1.- Se ha interpuesto impugnación ordinaria contra la sentencia registrada bajo el número 2347/16 por la que, en fecha 14 de septiembre del corriente año, se condenó a D. R. G. a la pena de dos años y seis meses de prisión, accesorias legales y C.s, mas la declaración de reincidencia, por encontrárselo autor material y

responsable de la comisión del delito de Homicidio preterintencional, del art. 81, inc. 1, apartado b, del Código Penal, por el hecho que tuviera lugar el día 7 de febrero de 2015, en el que perdiera la vida Mauro Damián Castaño.

2.- En primer lugar, en la audiencia a tenor del art. 385 del ritual, alterando el orden de su escrito de fojas 606 y ss., se agravia el defensor Allende por entender que *"corresponde declarar la nulidad de la sentencia en virtud que el encartado ha sido condenado por una calificación no alegada ni acusada por la Fiscalía a lo largo del proceso..."*.

Explica el recurrente que "*la Fiscalía y la Querella acusaron a G. por el delito de incendio estragoso con resultado muerte (art 186 inc 5 del c.P.). No obstante el Tribunal condenó a mi asistido por el tipo penal de Homicidio preterintencional previsto en el art 81 inc. b) de mismo digesto de fondo. Este cambio de calificación que recién aparece al momento de la sentencia trajo aparejada la violación del principio de congruencia y del artículo 18 del rito penal local al realizar una actividad que era privativa del Ministerio Fiscal y que éste no realizó... que en estas circunstancias lo decretado nos impidió discutir los aspectos objetivos y subjetivos de un tipo que nunca fue intimado.... esta Defensa no pudo expedirse sobre todos aquellos aspectos relevantes del hecho, muchos de los cuales sólo pueden individualizarse con referencia a la calificación jurídica...*" (fojas 611 y ss.).

3.- Veamos ahora cómo zanjaron la cuestión los jueces del caso. En primer orden, el Juez Nieto Di Biase, luego de entender que es posible "*...dividir al artículo 186 inciso 5° en dos partes, esto es, por un lado, la creación de un peligro común concreto y efectivo para bienes y/o personas indeterminadas, mediante en este caso la utilización de un medio ignífero, y por el otro lado un homicidio preterintencional*", manifiesta que

"*...no encuentro óbice que ante el fracaso de la parte acusadora en acreditar y alegar sobre la presencia del peligro común, poder analizar si la conducta de G. encuadra en las previsiones del delito de homicidio preterintencional, teniendo presente que el tipo subjetivo del resultado muerte del artículo 186 inciso 5° es equivalente, a mi criterio, al previsto en el artículo 81 inciso b) del código penal...".*

En definitiva, sentencia que "(e)*n cuanto a un posible cambio de calificación legal a la propuesta por el Ministerio Público Fiscal considero que resulta posible y no afecta el principio de congruencia mientras que no sea mediante un precepto legal más grave al seleccionado por la acusación, en atención al principio iura novit curia, siguiendo la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia en el caso "Antognazza", en cuanto estableció que la variación de la calificación legal no afecta el principio de congruencia...".*

4.- A su turno, la Jueza Ana Laura Servent manifestó "*...que en tanto y en cuanto, la base fáctica no afecte el principio de congruencia ni se sorprenda a la Defensa con elementos fácticos desconocidos, ni se trate de una calificación legal más gravosa respecto de la cual fue acusado, el juez mediante el principio "iura novit curia" está habilitado a cambiar la calificación legal del caso... El Tribunal que falla puede adjudicar al hecho acusado una calificación jurídica distinta a la expresada en la acusación... lo que interesa es el acontecimiento histórico imputado..." (Maier, Julio B, "Derecho Procesal Penal- Fundamentos, ed Hammurabi, pág. 569).*

5.- Por último, la Jueza González sentenció que "*...al no encontrar fundado debidamente el peligro efectivo e indeterminado para bienes y personas, resta, no obstante, analizar la acción de G. en cuanto a haber querido provocar un daño en el c cuerpo o la salud de Castaño, a través de un medio como el*

fuego, con la producción de un resultado muerte no querido; todo ello, según la base fáctica y la calificación sostenida por la acusadora. De tal modo, con toda claridad se mantienen incólumes los principios de congruencia, acusatorio, del debido proceso y de la defensa en juicio...".

6.- En trance de resolver la queja, es necesario precisar que *"lo realmente prohibido es que el juez condene al imputado por un hecho diverso del que fuera objeto de la imputación o que para ello haga mérito de alguna circunstancia ajena a la acusación y modifique así el hecho en su propia esencia... se prohíbe que la sentencia haga mérito de un hecho, de una circunstancia o de una situación que no fue debidamente intimada porque no estuvo contenida en la acusación..."* (Vélez Mariconde; Derecho procesal penal, T. I, p. 404).

De los antecedentes reseñados, surge con claridad que los jueces no alteraron un ápice las proposiciones fácticas intimadas oportunamente, dando razones atinadas (las que se comparten en un todo) de cómo era posible a partir de los mismos *hechos* ventilados en debate llegar a otra calificación jurídica.

7.- Los elementos del dispositivo legal seleccionado (art. 81, inc. 1, apart. b)) son: la utilización de un medio para dañar que razonablemente no debía causar el deceso; el propósito de dañar en la salud o cuerpo de la víctima sin dolo homicida y, por último, la producción del resultado muerte previsible para el autor.

Todas y cada una de las proposiciones fácticas que fueron valoradas por los Jueces Penales para dar por cierta la teoría jurídica que seleccionaron han sido debatidas en el juicio, teniendo la defensa la oportunidad efectiva de contradecirlas por lo que no puede argumentar sorpresa alguna.

La proposición fáctica "muerte de Castaño" se mantuvo incólume a lo largo del proceso; se ha debatido acerca de del presunto medio empleado por G., si podía

o no iniciar el fuego, la mecánica del hecho en todos sus detalles y sus aspectos más relevantes; se contó con la posibilidad cierta de discutir la voluntad realizadora del foco ígneo, más allá que alcance magnitudes de incendio o solo de dañar o lesionar.

Tuvieron el imputado y su defensor técnico completo conocimiento acerca de las proposiciones que integraban la acusación, que se mantuvieron a lo largo de todo el debate, independientemente de la calificación que postularan los acusadores, subsunción que válidamente puede ser modificada por el tribunal (art. 332, CPP).

En síntesis, sin perjuicio de ser o no posible afirmar que se ha acreditado la muerte de Castaño en manos de G. *mas allá de la intención* de lesionarlo, bajo el prisma del respeto al principio de correlación entre acusación y sentencia, la alteración de la teoría jurídica aplicable es correcta.

8.- Además, no indica el defensor en su reproche, cuáles han sido concretamente "*todos aquellos aspectos relevantes del hecho"* sobre los que no pudo expedirse.

No es suficiente elevar la queja en abstracto sobre los agravios hipotéticos que pudiera generar la sentencia; por el contrario, es preciso individualizar en detalle los lineamientos de la teoría del caso que fueron impedidos de desarrollar, debido a la sorpresa, y no limitarse a esgrimir posibles alternativas en abstracto.

La jurisprudencia del más alto Tribunal Nacional así lo ha dicho desde antaño, en concreto, fallos 247: 202, de modo que "*...no hay agravio a la garantía constitucional de la defensa si de las constancias de la causa se desprende que el hecho en que se basa la decisión apelada ha integrado el juicio desde su iniciación y el tribunal de alzada se ha limitado a ap1icar la calificación jurídica y las disposiciones legales que estimo correspondían en la especie (Fallos: 242: 227), particularmente cuando, como en el sub lite,*

no se ha expresado en forma concreta al deducirse el recurso extraordinario cuales son las pruebas de cuya producción el reo se hubiera visto privado (Fallos: 242: 124, 227, 411 y otros).”

Por ello, y sin perjuicio de advertirse con sorpresa que no ha cumplido el Tribunal del juicio con las disposiciones del art. 332, segundo párrafo, esto es, la advertencia del posible cambio de calificación, aunque la respuesta penal sea más leve, el primer agravio no puede ser atendido.

9.- Como segundo agravio, manifiesta el abogado de la O.D.P. que *“surge del fallo en crisis, el Tribunal fundamentó la mecánica del incendio en la celda de CASTAÑO y las hipótesis posibles en base a la pericia realizada por el Sub comisario C. -perito- durante el Juicio, y en menor medida en la del Comisario Bombero OTERO. Esta situación causa agravio a esta Defensa en la medida que lo apuntado se trató de prueba no ofrecida oportunamente por los acusadores y por ende violatoria del rito penal local y el derecho de defensa del encartado. Como se advierte de la acusación, los testimonios de ambos fueron ofrecidos "5.3 Sobre el conocimiento de los hechos y la denuncia realizada" (OTERO) o "Sobre pericias e informes realizados” el Lic. C....”.-*

10.- Cotejado el escrito de acusación –obrante a fojas 69/84-, se observa que en el acápite denominado **“4.Medios de prueba propuestos para el juicio:”**, en particular, punto **5.3.Testimonial:**, se convoca para el juicio oral y público para que declaren “sobre el conocimiento de los hechos y denuncia realizada”, en décimo lugar de la lista al Oficial Christian Otero, jefe Depto. Bomberos y, para declarar “sobre pericias e informes realizados”, al Lic. M. C., de la UEC de Trelew.

Resulta de toda evidencia que el escrito de acusación no ha cumplido con la manda expresa del art. 293, párrafo 2 del ritual. Por imperio de su letra, *“los medios de prueba serán ofrecidos con indicación de los*

hechos o circunstancias que se pretenden probar o, de lo contrario, no serán admitidos..." y, si bien es cierto que es la Defensa quien debió haberlo advertido y protestado en la etapa procesal oportuna, es el Juez de la Audiencia Preliminar quien debe controlar la buena marcha del proceso y asegurar la correcta preparación del debate en este aspecto (art. 298, inc. 3, CPP).

Lo cierto es que a pesar de ello, son convocados a la audiencia los testigos C. y Otero; comenzadas sus declaraciones, protesta el abogado Allende por la forma en que son interrogados.

En concreto, en la pista de audio del día 18/8, hora 0:01:40, al hacérsele saber por parte de la Fiscalía a que fines declararía Otero, manifiesta su oposición porque fue citado solo para declarar lo que supiera del hecho y no para serle exhibidas las fotografías que habría extraído la Cabo N. C., desconociendo el interés o motivo para ello.

Corrida vista al MPF, la Fiscal Pereyra contesta que el interés en su declaración reside en que a partir de las fotografías –ya ingresadas al debate de la mano de la agente de policía mencionada- cuente Otero "su participación en el suceso" (pista 0:02:47).

No se hace lugar a la objeción y comparece el testigo.

Se le exhibe el fotograma nro. 37, del Informe Fotográfico Nro. 77/2015, obrante a fojas 182 del legajo fiscal, y se lo interroga acerca de que *"nos puede ilustrar respecto de esa foto y del foco ígneo"* (sic, 0:08:00); se opone el Sr. Defensor, nuevamente, por entender que se lo está interrogando por una cuestión que "requiere un conocimiento particular", lo que excede el motivo de su comparecencia en el debate.

Resuelve la incidencia el Tribunal, con voto del Dr. Nieto Di Biase, al que adhieren los otros vocales, en el sentido que no se trata de una pericia, que el testigo

será interrogado en base a sus conocimiento personales por ser experto en materia de incendios y estuvo en el teatro de los hechos, pero, en definitiva, *"será una cuestión de valoración al momento de la sentencia"*.

11.- Ello así, lo cierto es que el MPF solo preguntó al testigo acerca lo que podía ilustrar a partir de las fotos exhibidas; el Bombero solo debía contestar lo que veía en la ilustración. Nada más.

A partir de esa simple pregunta, se agravia el Sr. Defensor por suponer que la línea de interrogatorio sería otra, anticipándose al posible agravio; el Tribunal decide, asumiendo que se trata de una cuestión de valoración y que no se trata de una pericia estrictamente, dando por cierto que así se lo interrogaría.

Sin perjuicio que la respuesta de los jueces es parcialmente correcta, lo cierto es que en el caso nos hallamos ante un *testigo experto.* Así debía habérselo citado en la acusación, así se lo debió tratar en el debate y así se debió resolver la incidencia.

Recordemos que un *testigo experto* es aquel que *"sin ser ofrecido como perito –porque tomo conocimiento del hecho en forma espontánea, es decir, como cualquier testigo lo haría- tiene, sin embargo, un conocimiento de cierta especialización en una determinada materia que es relevante para un punto sobre el que prestará declaración"* (Duce, Mauricio; "La prueba pericial", Didot, 2013, pág. 31).

Habiendo sido citado –si bien no con precisión como se dijo- como testigo de lo observado minutos después del hecho, siendo consignada su condición de Bombero de Trelew y constando en las actuaciones que protagonizó personalmente la extinción del fuego, el agravio en este caso es solo aparente, por no haber sido sorprendida la Defensa en cuanto a la posible línea de interrogación y no debe hacerse lugar al mismo, más allá que, como se dirá luego, la información vertida por el testigo experto

peca de insuficiente e irrelevante para la teoría acusadora, ya que, a la pregunta concreta sobre el punto, contestó que *"sería muy poco profesional de mi parte, mirando la fotografía, responder donde comenzó o donde fue el punto de origen del incendio".*

¿Pudo prever el defensor que Otero iba a ser interrogado acerca de lo que observó en los momentos que se avoco a extinguir el fuego? La respuesta más que evidente a esta pregunta marca el éxito que tendrá la queja.

12.- Similar situación se observó respecto al Lic. C. de la Unidad de Criminalística de Trelew.

En efecto, declara sobre los hechos en la audiencia del día 23/8, a partir de la hora 1:38:40, poniendo a su vista el Acta de fojas 9/10 (diligenciamiento de orden de allanamiento y registro dictada por el Juez Piñeda) e informe 77/15, explicando, en primer lugar, tres hipótesis probables sobre el origen del fuego.

En concreto dijo que *"...objetivamente había un combustible, que es el colchón que en principio era ignífugo que en realidad no lo fue y produce la inflamación a temperaturas altas. Otros elementos son algunos papeles y ropa de la víctima (elementos combustibles); el comburente es el oxígeno y el tercero es la fuente de calor. Dentro del calabozo hubo una fuente de calor... Hay tres hipótesis posibles: 1) una es que la propia víctima produjo el incendio -pero no se encontró elemento alguno en el lugar del hecho por el que se pudo producir la fuente de calor (estufa o elemento incandescente)-, 2) la segunda opción es el ingreso de la fuente de calor por la puerta del calabozo, la única forma es mediante la apertura de la puerta, ...por la apertura de la puerta hay una malla que no permite el ingreso de calor; y 3) la tercera opción es él ingreso de la fuente de calor mediante la mirilla... De la primera opción no hay evidencia objetiva, las otras dos opciones son probables, la apertura de la puerta del*

calabozo y el ingreso de un elemento combustible y fuente de calor, y la otra es a través de la mirilla...".

Destaca, además, que *"...en el interior se observa la mirilla que contenía lo que es la luz, esta mirilla tiene contacto entre calabozos y la zona común de detenidos judiciales, se observan restos de papel e indumentaria, se observa una botella, restos del colchón que están en el suelo, elementos que aceleran la combustión...".*

13.- Interrumpe la declaración del testigo el Defensor Allende (hora 1:51:15) y manifiesta que se opone a la continuidad de la misma por entender que el Comisario C. no hizo una pericia y *"está declarando sobre una pericia... se está haciendo una pericia no ofrecida"* (sic, hora 1:52:38) y, con ello, se sorprende a la Defensa –agrega-.

El representante de la querella replica en el sentido que el testigo se está refiriendo a hechos sobre los que tuvo participación directa, haciendo un relato de lo que vivenció al momento de realizar la inspección ocular; la Fiscalía alerta sobre que no se trata de una pericia sino que es la declaración de un testigo experto que fue ofrecido para declarar sobre un informe (fotográfico) realizado por la Unidad de Criminalística por personal a cargo del Comisario y sobre el contenido del Acta de diligenciamiento del allanamiento realizado en la Seccional en el cual intervino.

Por Presidencia se rechaza la objeción mediante la remisión a lo resuelto en el caso anterior.

14.- Puesto a resolver la queja, resulta palmario que, tal como alegó la representante de la Fiscalía, se convocó al juicio al Comisario C. para que declare sobre el contenido de un Informe Fotográfico efectuado bajo sus órdenes y sobre el resultado de una Inspección Ocular por él dirigida en su carácter de Jefe de la UEC de Trelew; no pudo haber sorpresa alguna del futuro del

interrogatorio si solo se atendía a la prueba documental ofrecida en el mismo escrito acusatorio.

Si se repasa la acusación, se observa con claridad que en el capítulo **3.1) Fundamentos y medios de prueba D. G.:**, se consigna al Acta de allanamiento e Informe Fotográfico 77/15, como elementos para fundar la imputación, ofreciéndoselos como prueba en al apartado **4.1 Documental.**

Era previsible entonces, que el testigo sea interrogado por su actividad –o la de sus subordinados- en la escena del crimen y, en su caso, era dable preguntarle por la posible forma de producción del siniestro, habida cuenta sus carácter de experto en Criminalística, respuestas que, va de suyo, al ser nada más que hipótesis posibles, habrían de ser valoradas al momento de resolver, teniéndolas por ciertas si se apoyaran en algunos otros indicios relevantes.

15.- Desechado este agravio por inconsistente, a lo que se podría agregar la ausencia de la indicación de qué defensa en concreto se privó la parte quejosa por la convocatoria que tilda de defectuosa, es necesario recorrer los caminos del siguiente reproche a la sentencia: la autoría de G..

En esta senda, recordemos que el abogado defensor manifestó en la audiencia que *"...La imputación... presupone... que Castaño entró correctamente requisado... A Erika Lira se le preguntó cómo era la requisa y dijo "yo no lo requisé porque no estaba de turno porque el personal masculino solo requisa a los masculinos", dice: "una cosa es la requisa sobre el palpado que se hace para traerlo al patrullero al momento de la detención que es a los efectos de que no tenga arma, nada que pueda afectar a terceros a él mismo y otra requisa es cuando se lo ingresa al calabozo"; dijo "la requisa es más intensa, no vio el resultado de la requisa; dice "la tarea concreta para ingresarlo es sacarle la ropa; de todas las pertenencias se hace un*

recibo". N. T., agente de policía dice... "al momento de ingresar se retiran cordones, billeteras, anillos, todo lo pudiera ser peligroso para él y encendedores", ella es celadora, hace las requisa de mujeres así que ella sabe cómo se tiene que hacer, y se le preguntó ¿si se hace la requisa cuando ingresa, queda constancia de la requisa?, "si, queda constancia de las pertenencias que ellos tienen y se firma como constancia de conforme y queda como bolsín y además se hace un recibo... no consta la requisa como realizada y no consta tampoco qué elementos se le sacó, ni se hizo un recibo, no consta nada, entonces por qué tenemos que dar por cierto que fue requisa y bien requisado Castaño?...".-

16.- Respecto a este agravio, es necesario destacar que, en puridad, ni siquiera puede ser considerado un ataque a la sentencia por la sencilla razón que no fue planteado oportunamente al Tribunal del caso.

Intenta ahora el Sr. Defensor introducir un agravio que le causa la sentencia –el no haber considerado la presunta falta de requisa de su pupilo-, para así, sin decirlo expresamente, introducir la duda acerca de la posibilidad que Castaño tuviera en su poder un encendedor, mas jamás planteó dicha teoría del caso a los Jueces Penales, por lo que, repito, mal ahora puede quejarse de su no consideración.

Es necesario recordar que la revisión de la sentencia condenatoria debe ceñirse a los agravios concretos de la defensa a su respecto (art. 369, CPP), no pudiéndose evitar la consideración de ninguno, mas ello no implica el análisis de hipotéticos agravios que no hubieran sido propuestos concretamente a los juzgadores quienes mal podrían preverlos al momento de fallar.

17.- Luego, se agravia respecto de otro punto, referido también a la autoría de su pupilo.
Concretamente manifiesta que "*...lo que dice que luego de discutir, G. en una parte le dice "te vas a quemar*

pendejo puto, yo también soy de las mil" pero esto es antes de que ocurra todo, y se trata de dar con esto un fuerte indicio de un aviso de una amenaza de algo que después iba a pasar y después terminó pasando, se quiere construir un indicio así, como que lo dijo G....". Pero, agrega Allende que "*...no hay una sola persona, no hubo ni un solo testigo, ni policía, ni de los detenidos ni nadie que diga antes de que pase el incendio, "G. le dijo esto", no hubo una sola persona, ni siquiera se insinuó que hubiera dicho algo así...".*

Por el contrario, "*...lo que dicen que sí, que efectivamente, el Sr. G. le dijo de todo a Castaño cuando estaba todo prendido fuego; R. lo que dijo en un momento fue "sí, yo lo vi a G.... cuando ya estaba el incendio porque R. es de los que intervienen después del incendio, es el que lo saca a Castaño, ...él dice "sí, yo lo vi insultándolo y diciéndole de todo a Castaño", pero agarrado contra la reja y ya con el incendio, es decir, después de que se había hecho todo en el contexto de que todos los judiciales le decían de todo, lo agarran en la reja, en la mirilla sin objetos ni nada como para poder incendiar... entonces, la amenaza como indicio no está probada...".*

18.- De la lectura de la sentencia, puede comprobarse que, a fojas 545 vta., el Juez Nieto Di Biase suma al testimonio de A. –que luego se expondrá- "*el testimonio del suboficial R., quien observó al momento de ingresar al sector de pabellones a G. en la reja insultando a Castaño...";* por su parte, la Jueza Servent, a fojas 557 vta., trae a colación el mismo testimonio en la parte que dice "*...que cuando ingresó solo gritaba uno de los judiciales y era G., decía 'la concha de tu madre'...",* agregando que "*...esta circunstancia concuerda con los dichos de A. cuando vio al acusado buscar altura con el balde y arrojar un elemento por la mirilla...";* a fojas 574 vta. La Jueza González expresa

que *"Es este testigo... quien identifica indubitablemente a G., quien gritaba "la concha de tu madre"... y él estaba colgado de la reja cuando ingresa a los pabellones... lo primero que ve es la puerta de ingreso principal a los judiciales... y ahí lo ve gritando..."*. Y agrega: *"si bien A. fue incapaz de describir qué cosa arrojó G. a la celda de Castaño, su manifiesto encono personal hacia el quemado descripto por R. (y otros elementos que enuncia)... son indicios concordantes e inequívocos del accionar de G...."*.

De lo trascripto, resulta evidente que este agravio tampoco puede ser atendido.

En primer lugar, porque no es correcto afirmar que los jueces del caso le endilgaran a G. haber augurado que Castaño se fuera a quemar; solo lo insultaba una vez avanzado el fuego. Luego, no es cierto que los jueces ponderaron como una amenaza sus dichos; solo lo tomaron como una muestra de encono hacia el contraventor. Tercero, no puede admitirse esta técnica de litigación del defensor basada en afirmaciones acerca de la sentencia que son, como mínimo, equivocadas, por no decir rayanas en la temeridad.

19.- Luego, expone un tercer agravio, el cual gira en torno al lugar en que estaba el colchón que dicen que prendió fuego G.. Se pregunta: *"¿dónde estaba en el momento del hecho?, estaba en la litera, estaba en el piso, estaba en un ángulo contra el fondo, estaba parado y contra la puerta, dónde estaba el colchón?, la Fiscalía jamás, nunca lo contestó y solamente lo alegó en el alegato final; ...eso también es una falta de precisión que impidió la Defensa del Sr. G.... saber dónde está el colchón quiere decir saber si hay posibilidades que pueda caer donde está el colchón o no, ése era el interés concreto..."*.

20.- Es a partir de este interrogante desde donde es posible comenzar a construir el destino que correrá la sentencia. Y no es menor. Atender este ítem, y tal

como senderos que bifurcan, va llevando el análisis hacia otros nuevos planteos, y a otros, y a otros más que, adelanto, no han sido debidamente respondidos en el resolutorio atacado.

Nótese que los jueces de la sentencia han dado por acreditada en grado de certeza, como *mecánica de los hechos*, una de las tres hipótesis del inicio del fuego brindadas por el experto C.: que el fuego se inició en la litera inferior de la celda de contraventores luego del ingreso de una fuente de calor por la ventana que divide ambas celdas.

De las tres hipótesis posibles (reseñada su declaración en el párrafo 12 de este voto), eligen los jueces una de ellas, pretendiendo apuntalarla con otros indicios.

Así, la Jueza Servent entiende que son concluyentes *"...las explicaciones del Licenciado en Criminalística C., quien estableció que la fuente de calor para encender el fuego debió ingresar desde la mirilla del calabozo de los detenidos judiciales o, en su caso, si se hubiese abierto la puerta del calabozo del contraventor -hipótesis que desde la prueba producida a lo largo del juicio no guarda ningún tipo de correspondencia con la realidad, por lo que debe ser descartada-..."*, tomando como cierto la consideración del perito en punto a que "*el colchón estaba en el lugar en el que marca la foto dentro de la litera; se marca el contacto del fuego contra la pared, y el depósito de hollín que es su consecuencia. Que el epicentro fue en la cama por las marcas objetivas; que tales marcas no son de otro incendio debido a que habría sido removido el hollín por el contacto diario...".*

Por su parte, la Jueza González, estima que "*la mecánica de los hechos fue explicada por el Lic. M. C. (informe 77/15 que obra a fs 9/10, incorporado por N. C.), y también el Comisario Otero, en una forma que no solo coincide con los indicios que se vienen señalando,*

sino que también responde a las reglas de la sana crítica...” quien concluyó que el colchón que ardió se encontraba en el lugar en el que marca la foto dentro de la litera, porque se marca el contacto del fuego contra la pared, y el depósito de hollín que es su consecuencia y que el epicentro fue en la cama por las marcas objetivas. Descartó que tales marcas fueran de otro incendio debido a que habría sido removido el hollín por el contacto y el uso diario.

En primer voto, había dicho el Juez Nieto que “*fue C. quien explico las tres hipótesis posibles sobre el origen de la fuente de calor, concluyendo que la más probable era que el ingreso de la fuente de calor se produjo por la ventana que divide las celdas...”*.

21.- Ahora bien. Tal como se dijo antes, las dudas comienzan a gobernar la decisión.

¿Es posible coincidir con los Jueces Penales en cuanto a que así y solo así fue la mecánica del hecho?

En primer lugar, no puede soslayarse que la hipótesis tomada como cierta no fue más que una alternativa entre tres posibles –nunca seleccionó el experto ninguna como más plausible- y que, a la vez, dos de ellas no son excluyentes y por el contrario podrían complementarse y dar lugar a una cuarta.

Explico. No cabe duda alguna que fue G. quien desde la celda de “judiciales”, encaramado a un recipiente de pintura dado vuelta, arrojó un elemento encendido hacia la celda de “contraventores”.

Ha sido elocuente el testigo A. en este punto, ha dado razones de la manera en que lo reconoció, ha declarado R. en cuanto al encono manifiesto del imputado hacia el luego occiso, se ha documentado la existencia del “balde”, habiendo fundado en forma correcta los magistrados del caso su activo rol en el caso.

Sin alejarme del camino, diré que los jueces de la sentencia han valorado en forma correcta los dichos de A. quien, como se puede verificar en el audio respectivo,

identifica a G. por las prendas de vestir que lucía –musculosa y pantalón corto- a través de la cámara de video, viéndolo luego nuevamente con las mismas ropas, no estando presente al momento de la entrevista decepcionada luego, tal como pretende el abogado defensor, lo que invalidaría su percepción de la fisonomía del agente.

22.- Volviendo al sendero principal, y teniendo por cierto que el aquí procesado arrojó un elemento encendido por la mirilla que comunica ambas mazmorras, no puede afirmarse con la misma certeza que dicho elemento haya llegado hacia la litera inferior, alcanzado el colchón e iniciado allí el fuego.

En primer lugar, de la simple visualización del video captado por R. con su celular, que no ha sido tenido en cuenta por los jueces del debate, se advierten esparcidos por todo el recinto pequeños focos de fuego; había trozos de colchón "desparramados en el suelo" (dijo C. textualmente); ha dicho R. que es común que los presos rompan los colchones; explicó el bombero Otero que el colchón no se desarma así por acción del fuego, debió ser desarmado.

En segundo orden, se aprecia claramente de la filmación que Castaño se encontraba totalmente desnudo en la celda y, a estar a la declaración de C., en los restos quemados se pudieron apreciar retazos de ropa, a más de papeles. Incluso, en una de las fotografías del Informe 77/15, se observa un zapato intacto con restos de "lanilla" (del colchón) en su interior.

Tercero. No existe acreditación experta alguna, más allá de la especulación solitaria del testigo, en cuanto a la posibilidad cierta de que un papel encendido, arrojado a través de una mirilla, pueda recorrer la distancia que lo separan de la cama, no siendo suficiente para ello, como lo pretenden los magistrados, darlo por acreditado a través de los restos de ahumamiento que registraba dicha ventana, por cuanto ha explicado el Sub

comisario que eso obedece al efecto "chimenea" que produjo el incendio y no, necesariamente, por el paso del elemento encendido.

En otro orden, no son determinantes para localizar el lugar del inicio del fuego los restos de hollín que se ven en la pared, los que bien pueden obedecer a los numerosos incendios que Otero dijo haber sofocado en diversas oportunidades en la Seccional, más allá de la especulación de C. en el sentido que "por el contacto y el uso diario" el hollín tendría que haber sido removido.

Por último, no es posible compartir la afirmación que el lugar del inicio del fuego sea necesariamente la litera, acudiendo a la declaración de Otero (voto de la Dra. González), precisamente por cuanto es el mismo testigo quien dijo que *"sería muy poco profesional de mi parte, mirando la fotografía, responder donde comenzó o donde fue el punto de origen del incendio".*

23.- Además de todas estas dudas, que desde ya invalidan la teoría del caso fiscal, y tal como lo venía adelantando, otra cuarta hipótesis posible se suma al caso, para nada incompatible con la participación efectiva de G. en la mecánica del hecho.

Éste, enojado con el contraventor, arrojó un elemento encendido cualquiera hacia el otro lado; este objeto –papel o no- cayendo en línea recta hacia abajo tomó contacto con otros elementos combustibles (N. C. dijo expresamente que observó la presencia de papel debajo de la ventana que dividía la celda de contraventores con el sector detenidos), lo que fue aprovechado por Castaño para, luego de romper en pedazos el colchón, aumentar el fuego con el fin de continuar su protesta por considerarse mal detenido.

24.- Diversos elementos permiten pensar en esta hipótesis tan plausible como la tenida por cierta por los jueces. En efecto, no puede descartarse de plano, como lo pretende C. –y sentencian los Jueces del caso-, que no es posible explicar el incendio como producido

desde dentro del calabozo; por el contrario, es de la misma declaración del experto desde donde es posible aventurar otra teoría del caso.

Adviértase que (aunque desdeñado por los jueces), el Sub comisario explicó que para encender el colchón, es necesario iniciar una fuente de calor adecuada, utilizando pocas fibras de la lanilla de su interior, agregando que si se "tira así nomás" un fuego no se prende. Explicó en forma muy didáctica que para que arda el colchón es necesario comenzar con una pequeña fuente de calor, separando lanillas, y luego ir agregando más combustible para aumentar el fuego.

La hipótesis que sostiene que con el pequeño papel encendido que G. pasó el contraventor hubiera (luego de desarmar el colchón) iniciado un fuego, con el procedimiento que explicó el perito, poniendo hasta sus ropas en la pira, es más que posible, aunque haya sido ignorada en la teoría del caso de los acusadores.

25.- Aún más. Es que los senderos no dejan de bifurcarse. Adviértase, una vez más, que aunque las conclusiones del experto C. deben ser valoradas como meras especulaciones, certeza que solo hubiera sido posible alcanzar a través de una prueba científica adecuada, lo cierto es que aún la otra explicación posible según su experiencia (el inicio del incendio a través de la puerta de la celda), no es tan lejana a la probabilidad, como sostienen los jueces al desecharla, habida cuenta la existencia de lanilla del colchón prolijamente esparcida delante de la reja, lo que no podría hacerse desde dentro, puerta que, a la sazón, abre hacia el lado de afuera, datos certeros que permiten otra explicación, aunque rayana en lo siniestro, tan atendible como las otras.

26.- Por todo ello, en la inteligencia que los elementos de cargo evaluados por los jueces de la sentencia no son suficientes para derribar el estado de inocencia del que goza el imputado G., que el conjunto

de evidencia analizado en su integridad y completitud debieron hacer dudar a los magistrados acerca de la verdad de la teoría del caso de los acusadores y que, en definitiva, no es posible sostener que la mecánica del hecho tenida por cierta de entre tres alternativas sea la única explicación posible a los sucesos ventilados, es que voto por la revocación del fallo en crisis y la inmediata absolución del prevenido. (art. 44, VI C. Ch Yy 28 C.P.P.CH)

27.- Por último, corresponde imponer las C.s del proceso al Estado (arts. 242 y concordantes del C.P.P), y regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública, en la suma de CUARENTA (40) JUS, por la labor desarrollada en la presente etapa (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII -15 –antes decreto ley 2.200), y art. 59 y concs. de la ley V-90 (antes ley 4920).

Así voto.-

El Juez Roberto Adrián Barrios dijo:

Corresponde ahora revisar la resolución Nro.2347/2016 OJTw dictada el 14 de septiembre del año 2016, y no he de volver sobre los antecedentes del caso que ya han sido reseñados suficientemente por el vocal que lidera esta sentencia, por lo que pasaré sin mas a dar los fundamentos de mi voto.

1. Pretendida declaración de nulidad de la sentencia dictada.

a. El defensor en la pasada audiencia del artículo 385 del CPP, ha invertido el orden de sus agravios, con relación al que impuso en su libelo agregado a la carpeta.

Así, comenzó con el punto que identifica este acápite, diciendo que su cliente habría sido condenado por una calificación jurídica no alegada. Que el Ministerio Público siempre sostuvo la calificación jurídica del delito de incendio estragoso con resultado muerte del artículo 186 inciso 5 del C.P., mientras que

el Tribunal condenó por el delito de homicidio preterintencional previsto en el artículo 81 inciso b) de mismo digesto de fondo.

Con ello, afirmó, se habría afectado las formas sustanciales del juicio, y la Defensa no habría podido expedirse sobre todos aquellos aspectos relevantes del hecho, muchos de los cuales sólo pueden individualizarse con referencia a la calificación jurídica.

Específicamente en la audiencia tras mantener el agravio, dijo que el cambio de calificación violó la congruencia y la posibilidad de defensa concreta de G., que dicho cambio ocurrió una vez cerrado el debate, y que así su cliente no se pudo defender de la figura por la cual los jueces, aplicando el principio *iura novit curia*, lo condenaron. Que los fiscales podrían haber acusado subsidiariamente, mas no lo hicieron. Que todo esto apareja la violación del derecho de defensa, que determina anular la sentencia lo que así solicitó.

b. Al control obligado que importa un planteo como el de la congruencia, se advierte que los fundamentos expuestos en cada uno de los votos de los jueces, no permite o habilita colegir que se haya mutado en nada la base fáctica de la acusación presentada contra G..

Sabido es que el conocido principio de congruencia, tiene que ver con la capacidad del tribunal a decidir sobre una petición, que le impide proceder de oficio, e ir mas allá de lo pedido, y que lo obliga a decidir según lo alegado y lo probado (*ne procedat iudex ex officio; ne eat judex ulta petita partium, judex allegata et probata decidete debet).*

Las mismas proposiciones de conductas y hechos pueden ser subsumidas en distintas categorías legales. Por ello, cuando se analiza la posible falta de congruencia, se debe de poner el ojo en verificar que no se haya introducido o modificado un hecho del cual puede repercutir la suerte del proceso, burlando así la posible actividad de la defensa.

La ley exige que el proceso penal preserve la posibilidad del imputado de conocer y responder cada uno de los puntos que en contra tuvieran quienes lo acusen. Por ello, si los hechos son los mismos, y varía la calificación jurídica a criterio de quienes juzgan, la trascendencia del planteo pasa en su caso, por cuan grave es esa nueva calificación.

En este punto, nuestro código de procedimientos penal es muy claro. El articulo 332 reza: "*La sentencia de condena no podrá sobrepasar el hecho imputado con sus circunstancias y elementos descriptos en la acusación y en el auto de apertura o, en su caso, en la ampliación de la acusación.*

En la condena, ***el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta*** *de aquella indicada en la acusación o en el auto de apertura o aplicar penas más graves o medidas de seguridad, siempre que no exceda su propia competencia;* ***pero el acusado no puede ser condenado en virtud de un precepto penal más grave que el invocado en la acusación,….*** *" (Los destacados fueron efectuado por mí para resaltar la idea).*

Volviendo al caso que nos ocupa, se advierte que el tipo penal de la condena dictada contra G. posee una escala penal más leve que el contenido en la acusación y, con ello, la labor de los jueces ha sido legalmente posible.

Es mas, acaso en forma hipotética, si sobre los mismos hechos pudiera corresponder una calificación mas gravosa, el proceso podría llevarse a cabo igualmente pero advirtiendo previamente al acusado esa modificación.

Y aun para el caso en donde pueda ser aplicado aquella calificación mas leve, la advertencia al encartado debe hacerse solo cuando existe, en palabras de la ley, "*… la imposibilidad de haber resistido esa imputación en el debate.*" Creo también que en este caso, no acaeció dicha imposibilidad.

Con todo esto, creo que el Tribunal fundó correctamente el uso del principio *"iura novit curia"*, y al no modificar en la sentencia el *factum* acusado, no se ha violado principio de congruencia alguno.

En la causa "Liempi, Sergio y otro-Aravena, D. Alberto" (Expte.92-fo.112-año 2003-Letra A), extraído del fallo "Montoya, Roberto Moisés s/abuso sexual impugnación" Legajo 21123-fo.53-To.2-año 2008, Letra M, dictado el 23 de septiembre del año 2009, el Dr. Pfleger dijo que el principio de congruencia importa que el fallo se expida sobre el hecho y las circunstancias contenidas en la acusación, que han sido debidamente intimadas y sobre las que tuvo ocasión de ser oído el acusado. Se veda así que el fallo se extienda a hechos no contenidos en el proceso en resguardo de la regla de correlación entre la acusación y la sentencia (señalando que esto pertenece a Julio B. Maier en su obra Derecho Procesal Penal-Tomo 1, Pág. 568).

Nuestra Corte Suprema de Justicia ha dicho que cualquiera sea la calificación jurídica que efectúen los jueces, el hecho que se juzga debe ser exactamente el mismo que el que fue objeto de imputación y debate en el proceso, es decir, aquel sustrato fáctico sobre el cual los actores procesales desplegaron su necesaria actividad acusatoria o defensiva (Fallos: 329:4634).

Tengo para mí que dicha correlación ha sido respetada en este caso, que la modificación de la subsunción típica efectuada por el *a quo*, al sustituir el tipo de incendio estragoso por el de homicidio preterintencional no implicó una alteración de la imputación fáctica sostenida por los acusadores, que la defensa ha podido resistir esa variación, e incluso, que esa parte no ha especificado cual es el agravio concreto que le ha causado el ejercicio de la facultad ejercida por los jueces.

Por todo ello, a este agravio voto por no hacerle lugar.

2. Sobre la ausencia de pruebas que sostengan la condena

La Defensa asegura la ajenidad de la conducta endilgada a G., declarado culpable por el A Quo, desde que no surgiría claramente ni de los testimonios colectados ni de los informes realizados, que haya sido quien inició el incendio que a la postre, causara la muerte de la victima.

El tribunal de juicio consideró que existe certeza acerca de la realización del acto consumado por G. en la forma en que ha sido descripto por el Ministerio Público Fiscal interviniente en el debate.

Vayamos en ese orden.

2.1 De ajenidad de G. en la conducta imputada.

Se agravia el pretenso en cuanto el tribunal se basó en la identificación de su cliente por las ropas que vestía en el momento de realizar la conducta imputada, de acuerdo a la indicación que efectuara en su declaración el testigo A., recordemos, funcionario policial que habría visto a través de las pantallas de vigilancia ubicadas en la cuadra de la seccional, la maniobra de una persona que subió a un balde y arrojó algo por una mirilla superior, para el lado de la celda en donde estaba detenida la victima.

Aseguró el defensor que las cámaras no permitían establecer la identidad de la persona. Que en el video de entrevistas a los detenidos judiciales, su cliente aparece con una remera verde de manga corta y no se advierte si tenía pantalón largo o corto y ni siquiera si tenía pantalón, y que tampoco se sabe el color de la ropa de la persona, pues las cámaras (que no graban) transmiten en blanco y negro. Agregó que el testigo policial no aportó algún dato certero sobre la fisonomía de la persona que dice haber visto, por lo que cualquier otro detenido con esa vestimenta y contextura similar,

pudo haber sido el autor de la maniobra tenida por ocurrida. Incluso afirmó que posibilidad de autoría existe para con otros detenidos, que tengan una altura similar a la de su ahijado, altura necesaria para llegar a esa la mirilla desde donde supuestamente se arrojó un elemento que inició el incendio.

2.1.1 Al control de la sentencia, vemos que en el voto del juez Nieto Di Biase, consideró que las filmaciones de las cámaras de seguridad (en realidad no filman, solo captan imagen sin grabarlas) eran en blanco y negro, y que A. pudo observar la vestimenta del autor, siendo coincidentes las mismas con las que luego observó que llevaba puesta el acusado G. (ver foja 544, sexto párrafo).

Por su parte la doctora Laura Servent tuvo en cuenta los dichos del nombrado testigo policial, en cuanto refirió que si bien no pudo identificar en ese momento al imputado, lo reconoció por la musculosa y el pantalón corto que observó gastaba en la imagen de la cámara, y luego verlo afuera posteriormente en donde *"identificó perfectamente a G. por la ropa. Tres veces reiteró a distintas preguntas que se trataba del acusado en estos actuados" (ver foja 557, sexto párrafo).*

Por ultimo, la doctora Ivana Gonzalez estimó de la misma forma que sus colegas los dichos de A., cuando en su voto dijo que *"…el judicial que se sube al balde llevaba algo de pequeñas dimensiones en una de sus manos y que al bajar del balde ya no la tenía. Asimismo, que ese judicial vestía musculosa pantalón corto, y que cuando hicieron salir a todos, al verlos afuera, pudo observar claramente que quien había realizado toda esa acción del balde era G. porque vestía la ropa ya identificada por el testigo…." (ver foja 573 vuelta tercer párrafo).*

2.1.2 Con estas consideraciones, se impone controlar los dichos del testigo ponderado por los magistrados.

Así se constata que en la audiencia del día 16 de agosto de 2016, el agente H. D. A. refirió lo que los jueces en correcta forma valoraron.

A partir del minuto 10.45 del soporte que contiene video grabada la audiencia, la señora fiscal jefe le preguntó al testigo si podía identificar al que dice que tiró algo por la reja, a lo que el testigo dijo: *"cuando yo veo al detenido que se levanta, pone un balde y tira algo para arriba, por la cámara no lo puedo identificar pero estaba con un pantalón corto y una remera, una remera musculosa".* En esta instancia, se advierte que el testigo para aclarar el término musculosa, levanta su mano derecha hacia su hombro, llevando a la interpretación de una prenda que efectivamente no tiene mangas (ver minuto 11 del soporte).

Luego de una larga serie de preguntas, alternando el rol de interrogador la fiscal, las dos defensas que intervinieron en el debate y hasta de la presidente del tribunal, al minuto 30 del soporte, el letrado de la querella volvió sobre el punto y le preguntó a A. cómo llegó al resultado o la presunción que la persona que arrojó el objeto por la ventana es el Sr. G., a lo que el testigo respondió que fue por el pantalón corto y la remera, que los colores no se veían porque la cámara no lo transmite.

Luego, casi al final del testimonio, aclaró a instancias de la defensa, que de esa forma había visto vestido a través de la cámara al sujeto que arrojó algo por la mirilla, y luego de su intervención en el incidente, ya fuera de la celda, de la misma manera, vale aclarar con musculosa y pantalón corto.

Es más, dijo A. que no estuvo cuando le tomaron la entrevista a G., la que fuera video grabada y en donde aparece con otra prenda superior tipo remera o chomba.

2.1.3 Considero que el agravio de la defensa en este punto debe descartarse, puesto que A. describió claramente las vestimentas de la persona que a sus dichos, arrojara un elemento a través de la mirilla que separa la celda de los detenidos judiciales con lo de los contraventores.

Que su reconocimiento certero y correctamente ponderado por el A Quo, fue al momento que lo volvió a ver fuera de la celda, en donde adquirió la certeza de la identidad del mismo, que como bien dijo la juez Servent, reiteró al menos en tres oportunidades en su testimonio en el juicio.

De otra parte, esclarecedor resultó que el testigo afirmara que no estuvo al momento que G. fuera entrevistado. Esto aleja la indicación del agravio de la posibilidad de darle razón, en cuanto la defensa refirió que la consideración del Tribunal implicó la violación de la sana crítica racional al establecer una conclusión sin apreciar la totalidad de la prueba en su conjunto, la existencia de contraprueba aportada por el propio testigo.

Considero que el testigo no tiene porqué justificar la diferente prenda que tenía puesta en esa instancia el imputado, puesto que no fue en ese momento en donde se produjo el acto de identificación que llevara a la certeza de los magistrados en la autoría de la acción tenida por probada, sino en una instancia cronológica previa.

Pasemos ahora al siguiente punto de análisis.

2.2 <u>De las dudas sobre la conducta que se tiene por probada</u>.

Dice el defensor que el Tribunal dedujo de los dichos de A., que apenas la persona que se bajó de un balde (sin que ninguno sea ofrecido, ni precisado, ni reconocido por el testigo), vio humo en el lugar, pero que nada prueba que lo que se dice arrojado, fuera un papel enrollado prendido fuego.

Con ello asevera que con los dichos de un único testigo *"…no puede establecerse que la persona haya arrojado algo y que eso haya traspasado el dueto al otro lado." (foja 608/vta).* Agregó que el mismo testigo dijo que de la cámara no se ve la ventanita, y no vio qué tiró. Que dedujo lo que dijo, ya que al bajarse del balde, no lo vio con el objeto con el que subió. Destacó que el testigo A. expresó que no supo decir que era lo qué tiró la persona, solo que observó algo, que no era muy grande; y por lo tanto no se sabe qué objeto es el que tiró, su material, y menos aun si estaba encendido o apagado.

Cuestiona de esta manera si la persona tiró un objeto, si eventualmente pasó al otro lado, y qué tipo de objeto se trataba. Concluye así que *"…no existen elementos para asegurar que el incendio se derivó del objeto presuntamente arrojado".*

2.2.1 ¿Que dijeron los jueces?

En primera instancia, el juez penal Marcelo Nieto Di Biase en el punto que se refiere a la *materialidad,* se refirió a la declaración de A., en la secuencia harto reiterada: de su visión de una persona que se subió a un balde que previamente puso boca abajo, y que lanzó algo por la ventana de la celda de contraventores.

Tuvo en cuenta las marcas de incendio en el calabozo de contraventores, y la existencia del balde utilizado por el autor para alcanzar la ventana divisora, evidenciados mediante informes fotográficos 76/15 y 94/15.

En cuanto al posible origen del foco ígneo, tuvo en cuenta lo declarado por el licenciado M. C., quien en el debate, en función de las fotografías obtenidas, explicó que habría tenido su origen en la cama inferior de la celda de contraventores; y que también dijo, a dichos del magistrado, que de las tres hipótesis posibles sobre el origen de la fuente de calor, *"…la más probable era que el ingreso de la fuente de calor se produjo por la*

ventana que divide la celda de contraventores con los detenidos judiciales."

En el acápite de la *autoría,* ponderó como un indicio muy fuerte, que G. haya subido al balde con algo en la mano y bajar del mismo sin ese objeto, tras lo cual comenzó a salir inmediatamente humo en el lugar.

Ello lo vinculó con el indicio de presencia del objeto, con el informe técnico fotográfico 77/15 PC, en el cual se graficó en imágenes la presencia del balde de plástico bajo la ventana que divide el sector de detenidos judiciales con la celda de contraventores. Dicho informe técnico fue confeccionado por N. C., que dijo que observó la presencia de papel debajo de la ventana que dividía la celda de contraventores con el sector detenidos, los que, a criterio del juez, "*indican el material utilizado para originar el fuego en la celda donde se encontraba detenido Castaño" (ver foja 544/vta, tercer párrafo).*

Por su parte, la doctora Ana Laura Servent y la doctora Gonzalez, valoraron aquello documentado en el acta de allanamiento y requisa agregado en el legajo de prueba fiscal a foja 9 y 10, en cuanto a que la mirilla que comunica ambas celdas había signos de ahumamiento y negrura de hollín o humo.

La Dra. Servent, abordando en su análisis la mecánica de los hechos, dijo que los dichos de A., en cuanto a que G. arrojó el elemento a la celda de contraventores, fue complementado con los dichos de R. en cuanto a la conducta desplegada por G. y de B., respecto de las discusiones previas entre víctima y condenado.

Descartó la segunda hipótesis que habla que la fuente de calor pudo ingresar por la puerta del calabozo, puesto que para ello debió abrir la puerta quien tenía la llave, el interno AC., más éste se hallaba en la cuadra.

También justipreció los dichos del licenciado C. cuando se refirió al informe 77/15.

Dijo la juez que este testigo en el debate afirmó que en el caso estuvieron presentes las cuatro aristas de la teoría del fuego: el combustible, el comburente, la fuente de calor adecuada que combina los otros elementos y produce la inflamación y finalmente la reacción en cadena del fuego. Transcribió los dichos del experto cuando dijo *"...en este caso tenemos un recinto cerrado, hubo un incendio porque los cuatro elementos estuvieron unidos entre sí. Objetivamente había un combustible que es el colchón que en principio era ignífugo que en realidad no lo fue y produce la inflamación a temperaturas altas. Otros elementos son, algunos papeles y ropa de la víctima (elementos combustibles); el comburente es el oxígeno y el tercero es la fuente de calor."*

También tuvo en cuenta los dichos de C., en cuanto a que si hubiera ingresado por la mirilla pedazos de revistas o diarios, éstas serían una fuente de calor apta para iniciar un incendio, y que el ángulo o trayecto que ese papel haría para l1egar al foco ígneo seria lineal.

En definitiva, estimó la magistrada que de los elementos probatorios producidos en el juicio han permitido reconstruir históricamente lo sucedido el día del hecho, que la circunstancia de la inmediatez resultó decisiva en el caso. Que los informes fotográficos y planimétrico de la Comisaría Primera y el secuestro de los encendedores en la celda de judiciales y específicamente en la que ocupaba G., así como la existencia de papeles en la celda, mas los dichos de R. que dijo que vio cuando G. colgado de la reja le gritaba al contraventor; sumado a las explicaciones del licenciado en Criminalística C., que estableció que la fuente de calor para encender el fuego debió ingresar

desde la mirilla del calabozos de los detenidos judiciales, la determinaron a condenar a G..

La jueza Ivana Gonzalez, consideró que si bien A. fue incapaz de describir qué cosa arrojó G. a la celda donde estaba Castaño, su manifiesto encono personal hacia el quemado descripto por R., la circunstancia del balde narrada por aquel testigo, la efectiva presencia del balde en el lugar y del modo descripto de acuerdo al informe técnico fotográfico Nro. 76/15 agregado a fs 146, elaborado por E. C. E. C. L., el resultado del allanamiento y requisa ordenado por el Dr. Sergio Piñeda que da cuenta que al momento del hecho se encontraron nueve encendedores en el sector de detenidos judiciales, que tuvo a su alcance G., el papel en poder del nombrado para hacer origami, son indicios concordantes e inequívocos del accionar de G..

2.2.2 Ahora bien, siguiendo la idea que habla que para este tipos de pruebas indiciarias tomadas por los jueces, lo fundamental es la conexión o nexo causal entre la afirmación base y la afirmación consecuencia, *"…enlace que se construye mediante la aplicación de las máximas de la experiencia, es decir, a través de un razonamiento que aplique generalizaciones acerca del modo en que ordinariamente suelen ocurrir las cosas..."* (del voto de la doctora Mónica R. en Carpeta 1320-Legajo 13601, caratulada: "SALINAS, Adrián Hernán y otros p.s.a. robo agravado tentado a Delia Anabella Jones-Trelew".- 11/12/09. Sent nro. 4). Así, debemos en primer lugar tamizar de los hechos concordantes y coincidentes valorados por los tres jueces, aquellos que en esta revisión merecen confirmar certeza, de otros que pueden generar las dudas que pretende imponer el defensor.

Como se trató en el punto anterior respecto de la autoría, cierto es que se ha producido prueba que habla que existió un estado de exaltación por parte de la victima desde el momento de ser detenido y alojado en la celda de contraventores.

También que G. evidenciaba un encono contra Castaño, alojados ambas en celdas contiguas de la comisaría. Los jueces fueron puntillozos al fundar estas circunstancias.

De otra parte, el secuestro de encendedores en la diligencia autorizada por el juez penal Sergio Piñeda, tres días después del hecho, como así también la existencia del balde ubicado aun para ese entonces, debajo de la mirilla y papeles, fueron razonablemente valorados por los magistrados.

Sin embargo, en cuanto a la ponderación casi decisiva de lo resuelto, de la declaración testimonial del licenciado C., se advierten las siguientes consideraciones.

Al control de la sentencia, se evidencia que el testigo, en realidad afirmó que de las tres hipótesis posibles del incendio, cualquiera de las dos últimas son probables, vale decir: que el fuego haya tenido su fuente de calor apta a través de su ingreso por la puerta de la celda, o bien por la mirilla que separa las celdas de judiciales y contraventores.

De otra parte, si continuamos la idea que los jueces tomaron por cierta, esto es que la fuente de calor fue arrojada desde la mirilla a la cama inferior de la litera, ¿acaso esa cama estaba debajo de dicha mirilla?.

Se constata mediante el informe fotográfico que esto no es así, por lo tanto, si existe forma que el elemento encendido haya hecho un trayecto *lineal*, como dijo C., existen otras observaciones, efectuadas por el mismo testigo, que ponen en crisis este presupuesto. Volveré sobre ellos más adelante.

Veamos los votos de las doctoras González y Servent, en cuanto al hollín que fuera encontrado en la mirilla, documentada en fotos y en el acta de allanamiento de fojas 9/10.

Si vamos al testimonio del licenciado en criminalística C., cuando fue preguntado por la fiscal

por los depósitos de esa mirilla, respondió que el mismo constituye un efecto denominado *chimenea*, es decir, de aquel que se produce cuando el aire combustiona y pierde oxigeno, y por lo tanto se hace más liviano, entonces se eleva y produce ese efecto. Que en su vuelo y por su paso deposita hollín. Incluso cuando la presidente del tribunal preguntó en términos legos, si ese efecto significa que el humo pasa por huecos aunque fueron pequeños, siendo esta una explicación mas que lógica para los residuos de hollín hallados (soporte de la audiencia a partir del minuto 2.13.15), el experto asintió y dijo *"..por supuesto que si…"*, dando luego el ejemplo de las bujías de los automóviles que pese a ser una maquina muy sincronizada, igual dejan hollín.

En instancia del contra examen efectuada por la doctora Mollard (ver minuto 2.37.48), el licenciado amplió diciendo que en un lugar cerrado de ese tipo, la puerta de la celda también hace de chimenea, *"….todo lo que hace conexión con el exterior, es una chimenea…";* que el resto de gases diferentes del oxigeno tienen menos peso y eso los hace subir, y al escapar siempre dejan hollín.

Con esto, si se interpreta que el hollín que al momento del allanamiento, tanto las juezas Servent como Gonzalez tomaron como indicio del inicio del fuego, carece de respaldo científico, puesto que con la explicación de C. se infiere que esos rastros obedecen a razones físicas del fuego y el aire, y del fenómeno conocido como *chimenea*, que no tiene que ver con lo sugerido por las juezas en sus votos.

Por otra parte, la juez González dijo que en las practicas del lugar del siniestro, cuando se refiere a los signos encontrados, se presume que el incendio se inició en la litera de la cucheta de arriba, cuando en realidad C. dijo que por las marcas de hollín dejadas en la pared, el incendio se inició en la litera de abajo

(soporte de audio del testimonio de C., del 22/8/2016, minuto 1.50.45).

2.2.3 En cuanto a las consideraciones de opinión que C. efectuó en su testimonio, analizando el agravio que me convoca, me pregunto: ¿existió como elemento objetivamente combustible, además del colchón, la ropa de la victima?, ¿ese fue un elemento "combustible"?.

¿Cómo es posible que una persona se vea sorprendida ante un incendio, y se despoje de toda su ropa, al punto que sirva de combustible para la cadena de fuego?.

Aduna desconcierto al caso que Castaño al ser rescatado salió de la celda no solo totalmente desnudo, sino también descalzo.

El video tomado mediante el celular de R., y que fuera reproducido al momento de su testimonio y ponderado por los magistrados en su sentencia, confirma que así salió Castaño de la celda, y que el fuego estaba esparcido por todo el piso.

¿Porqué una persona se sacaría sus zapatos ante un reducido espacio, encerrado bajo llave, en donde el piso ardía?.

Según el testimonio de C., fue secuestrado un zapato del interior del calabozo (soporte de la audiencia, minuto 2.01.50). En la evidencia tenida en cuenta por los sentenciantes, se observa un zapato de nobuk, parece intacto, con algo similar a la lanilla del colchón en su interior (ver fotos 53 y 54 del informe fotográfico 77/15, obrante a foja 190 del legajo de prueba fiscal).

¿Ese es el zapato de Castaño o ya estaba allí?. ¿Castaño ingresó descalzo?. ¿Cómo habría ingresado parte del colchón destrozado al interior de ese zapato?.

Si la primera respuesta a estos interrogantes fuera que el calor es lo que provocó que la victima se quitara todas sus ropas, no se entiende como esa reacción ante el fuego pudo provocar que se quite hasta la última

prenda, incluso los zapatos, y aun, lo más importante, como esa ropa pudo servir de combustible en el incendio.

Creo que las máximas de la experiencia llevan a considerar que ante un panorama de incendio no auto provocado, una persona tendería a protegerse de él mediante cualquier elemento, y sobre todo sus pies, si acaso es el piso el que arde. Si el fuego fuera de tal entidad, al punto que la víctima no soporte sus ropas, resulta extraño que las arroje al mismo fuego que lo circunda, y más raro aun que los zapatos no se quemen y queden en su interior restos de lanilla del colchón.

Refirió el licenciado C. que el primer elemento combustible fue el colchón que, al momento de su intervención, estaba "desparramado en el suelo" (soporte de la audiencia, minuto 2.00.50). Esto también fue constatado en el video tomado por R., en el cual pese a sus 52 segundos de duración, graficó bastante del panorama que existía en el escenario del incendio al momento del rescate.

Cual dijo C., el fuego estaba esparcido en el piso, y el colchón *desparramado*. Tal es así que se observa claramente lo que sería parte de él por fuera de la celda, en la base de la puerta de ingreso, sin combustionar.

¿Quién puso esos presuntos trozos de colchón en ese lugar?, ¿ya estaban ahí antes del ingreso de Castaño a la celda?.

La incógnita aumenta cuando se constata que la puerta de la celda se abre para afuera, como se vé en dicho video, al momento en que el funcionario policial, tras enfriar con agua de una manguera el metal de la cerradura, finalmente la abre para ese lado de la celda, y logra entonces salir Castaño desnudo y descalzo.

2.3 En este punto, va adquiriendo relevancia la teoría positiva de la defensa, en cuanto pese al dictamen tomado por los jueces de lo declarado por el licenciado

C., otra hipótesis compite con la de la acusadora al punto de desestabilizar cualquier instancia certera de conocimiento.

En la audiencia de impugnación, el pretenso ha descripto los elementos de la causa que lo determinan a considerar que la victima no fue requisada al momento de ser detenida, puesto que en ningún registro policial surge que así se haya procedido con el mismo luego de su detención, y antes de su alojamiento en la celda de contraventores.

Con ello el defensor sugiere que la victima pudo haber tenido algún elemento que le haya facilitado el inicio del fuego, y con ello el irremediable incendio.

No advertimos que esta proposición fáctica haya sido así presentada al tribunal de juicio.

Sin perjuicio de ello, si repasamos la versión testifical de C., vemos que el licenciado descartó que la victima haya podido producir el incendio puesto que en el lugar no se encontró elemento alguno que haya podido producir la fuente de calor, situación que sería la primera de las tres hipótesis que existen en el caso. Esta afirmación fue la ponderada por los tres jueces para descartar así la acaencia de este supuesto.

Si tenemos por cierto ésta conclusión traída por el experto, no perito en este caso, y no se olvida las inconsistencias ya marcadas, en cuanto a la posible fuente y el origen del incendio, el material que hizo de combustible, y las evidencias que existían al momento del rescate, pasando en limpio las conclusiones, tendríamos como certezas que:

a) una persona subió a un balde que fuera colocado boca abajo, para alcanzar con una mano, la mirilla que a una distancia de 2,53 metros de altura, se encuentra entre las celdas de judiciales y contraventores de la seccional;

b) que esa persona fue D. G.;

c) que G. arrojó un elemento, papel o similar por dicha mirilla.

En categoría de gran probabilidad, que:

d) G. pudo haber encendido previamente ese elemento, con uno de los encendedores que estaban en su celda;

e) Dicho elemento pudo haber iniciado el fuego. O bien,

f) Que se haya iniciado el fuego por una fuente de calor ingresada por la puerta de la celda.

Y con menor rango de probabilidad que:

g1) el incendio podría haber comenzado en el sector en donde había papeles, debajo de la mirilla del lado de la celda de contraventores, donde fuera arrojado un objeto encendido; o bien

g2) que el elemento encendido de alguna manera habría llegado en forma "lineal" hasta la cama inferior de la litera que estaba de la celda de contraventores, y se desatara así el fatal incendio; o bien

g3) que el elemento encendido pudo haber sido utilizado por el mismo Castaño, para iniciar el incendio en la cama inferior de la litera que estaba de la celda de contraventores, usando como combustible el colchón que estaba roto, o rompió a esos efectos, y sus ropas; o bien,

g4) que G. pudo haber arrojado un objeto, no se sabe qué, no encendido, y que Castaño pudo haber iniciado el fuego utilizando una fuente de calor consumida en el siniestro, con los elementos encontrados en el lugar y sirvieran de combustible (colchón y vestimentas). Y finalmente, una certeza:

h) que luego el fuego ganó oxigeno y enseguida se expandió, al punto de descontrolarse, que la victima intento esparcir en el reducido ambiente, y que en definitiva produjo el efecto horno que desembocara en

las lesiones que a posteriori causara la muerte de la victima.

Las consideraciones de los magistrados basadas en la prueba producida en el debate, no alcanzan a mi criterio, a justificar un trascendente tramo de la secuencia histórica de los hechos, circunscripta como vimos, al sujeto que iniciara el fuego, al elemento originador del mismo o lo que es lo mismo, a la fuente de calor apta que origine la reacción química que es el fuego, que es justamente en donde se sientan las dudas.

Los fundamentos de los sentenciantes tomaron partes del testimonio del licenciado C. en tramos parciales de su declaración, mas en la ponderación del conjunto de su declaración, no existen parámetros que justifique certeza del mecanismo de producción del incendio.

Ejemplo de ello es que, al momento de ser contra examinado por la defensa (2.27.27), en respuesta a la pregunta si era posible que con un fósforo se pudiera encender el colchón desarmado que estaba en la celda, C. previo a aclarar que ese colchón es de lanilla, respondió que si se inicia de una manera adecuada se puede iniciar el fuego.

Aclaró: que si se utiliza pocas fibras para iniciar el fuego, las separa, se inicia una fuente de calor más adecuada y así hasta que se inicie el fuego como corresponde, sí es posible encender el colchón. Concretamente dijo “Si se tira así nomas, probablemente no…”, puesto que a su criterio, tienen que ser separadas las fibras, iniciando una fuente de calor mejor, para luego seguir con una fuente de más intensidad, dando el ejemplo de tirar un fosforo a nafta: al igual que con el colchón, se apagaría.

Esa explicación que parece haber pasado desapercibida, en realidad contiene un dato muy importante que jaquea la teoría del caso fiscal y con ello la sentencia: el testigo experto que se trajo para sostener la mecánica del incidente, y la que fue el

basamento de los sentenciantes para tener por cierto que el fuego se inicio con un papel quemado arrojado desde una mirilla, dijo que para que con ese tipo de colchón de lanilla, es necesario un procedimiento adecuado para que el fuego se produzca.

Con ello, aun cuando consideremos que G. haya arrojado un papel encendido, es solo *posible* que ese fuego haya iniciado en el colchón de la litera, puesto que para hacerlo las fibras debieron de haber sido separadas, y realizar el proceso que el licenciado ilustró.

Es más, el experto habló de variables que incidirían en el resultado ante esta hipótesis, tal por ejemplo si el colchón hubiera estado o no mojado, y de lo cual nada se aportó. Al desconocer esas variables, no se puede afirmar un resultado con certeza.

2.4 Con todo esto, tengo para mí que de la prueba valorada por quienes juzgaron, no es dable arribar a un estadio de conocimiento certero del delito acusado.

Ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en forma reiterada, que cuando se ha prescindido de la evaluación de pruebas esenciales para la solución del caso y el pronunciamiento no aparece como derivación razonada de las constancias obrantes en el litigio, ello hace aplicable la doctrina de la arbitrariedad de sentencia (Fallos: 312:1332, disidencia de los jueces Caballero y Belluscio; 314:1898, disidencia de los jueces Cavagna Mez y Moliné O'Connor; 316:2464).

En este caso, tras la producción probatoria llevada a cabo a instancias de la acusadora, las proposiciones fácticas de la acusación no han sido debidamente acreditadas y la defensa positiva del recurrente realmente genera las dudas que en el desarrollo de este voto se individualizaron en forma de interrogantes.

La sentencia se ha basado en un análisis que, respetuosamente, no comparto. *"Cuando el juzgador parte del hecho base para construir la presunción, las*

conclusiones a las que puede llegar son varias; únicamente cuando ante sus ojos se presenta una única conclusión, habiéndose descartado las otras posibilidades alternativas por inverosímiles o incluso ilógicas o irracionales, es cuando puede considerar a dicha conclusión como probada. Así, en el proceso penal, si tras la actividad presuncional se presenta ante el juzgador una posibilidad razonable y alternativa a la de culpabilidad del acusado, no podrá basar su condena en dicha prueba indiciaria". (Miranda Estrampes, "La mínima actividad probatoria en el proceso penal", J.M. Bosch Editor, año 1997,p. 229/230).

La certeza que existe no alcanza para confirmar la condena, certeza que se suma al de un insólito incendio, y la lamentable y absurda muerte de un joven.

3. Por otra parte, se impone destacar que las versiones de C.s y de Otero responden a testimonios de personal experto, mas no constituyen una pericia del caso. Acaso si alguna se hubiera producido para dar respuestas a estos interrogantes, otra pudo haber sido la sentencia.

El defensor ha dicho que existió una pericia efectuada por peritos pertenecientes a la Policía Federal Argentina, que ha sido declarada nula antes del debate. Incluso el pretenso solicitó se desglose dicha pericia del legajo de prueba y se devuelva al Ministerio Publico Fiscal, y a ello esta Cámara Penal le hizo lugar.

Esta vicisitud procesal exige que dicha experticia no pueda tener ningún valor en la decisión de los jueces.

En la faena de revisión que a este Cuerpo compete, se advierte que la juez penal que obrara como presidente del Tribunal dijo en el segundo párrafo de su voto, que la aceptación parcial de ciertos aspectos de la teoría del caso de la fiscalía, bien pudieron tener qué ver con la prueba informativa y pericial nulidificada en el caso por el *A quo* y que, merced de ello, no pudo ser producida durante el debate.

Sabido es que en casos en donde una pericia es declarada nula, los magistrados del tribunal de juicio nada deben saber de la misma, incluso de su posible trascendencia para la dilucidación del caso.

La nulidad dispuesta en instancias previas no solo impide la *producción* de dicha prueba en el debate, sino siquiera *visu* en cualquier soporte. Así debe ser. No existe otra forma de proceder en supuestos de nulidad de una prueba, que la enunciada en este punto. Ello así, si el temperamento de aceptar parcialmente la teoría del caso fiscal pudo tener que ver con una pericia que fuera declarada nula en forma previa al juicio, ese temperamento estaría fatalmente viciado.

4. Por lo dicho, la valoración en conjunto de la prueba de cargo producida en el juicio, no puede arribarse a un grado de certeza acerca de la materialidad del hecho que le endilgara el Ministerio Publico Fiscal a G., por lo que mi voto será por su revocación y consecuente absolución del condenado.

5. En cuanto a la imposición de C.s y regulación de honorarios, adhiero a lo propuesto por el colega que lidera el Acuerdo.

Así lo voto.

El Juez Omar Florencio Minatta dijo:

1. La defensa impugna la sentencia condenatoria, en base a distintos agravios, de los cuales sólo analizaremos uno de ellos, puesto que daremos razón a la defensa en el punto, transformando a los restantes en abstractos. Nos referimos, en particular, al agravio de falta de correlación o congruencia entre los hechos por los que es condenado G., con los descriptos en la acusación, del cual nos ocupamos en los puntos siguientes.

2. Como siempre trabajamos, expresaremos primero el marco teórico constitucional-legal que entendemos debe presidir la decisión, para de esta manera dar las razones jurídicas del caso.

3. En esta senda, consideramos que la asunción, por parte del tribunal de juicio, de una calificación jurídica distinta a la de la acusación, implicó no solo la afectación del derecho a ser oído, sino también la garantía que pregona la estricta separación de las funciones de acusar y decidir, elemento básico y estructural del proceso penal adversarial chubutense.

En una palabra, el cambio de calificación jurídica de los sentenciantes, en cuanto modificaron el tipo penal elegido por la fiscalía, y respecto del cual se defendió al acusado, afectó dos garantías básicas: una, la imparcialidad, y la otra, la garantía de defensa en juicio, cuestiones que tratamos seguidamente.

4. En cuanto al primer punto, sabemos que la estricta separación de las funciones de perseguir y decidir o, la separación de acusación y juez, es el elemento constitutivo más importante del modelo teórico acusatorio, a tal punto que el maestro Ferrajoli lo estima como presupuesto estructural y lógico de todos los demás. De esta forma, la esencia de la función jurisdiccional pasa por la decisión de un conflicto o litigio planteado por sujetos u órganos extraños al juez, que serán los que construyan el objeto a decidir, el objeto procesal, como se lo llama. Por ello, la imputación clara, concreta, real -la atribución al imputado de un acontecimiento histórico con relevancia penal-, no puede jamás partir de un órgano jurisdiccional, prohibiéndose todo compromiso del juez con hipótesis acusatoria alguna que no le fuera planteada por los acusadores, constituyendo todo esto la máxima fundamental del principio acusatorio expresada en el aforismo *ne procedat iudex ex officio.* Así se asegura no solo la imparcialidad del tribunal o ajenidad respecto de los intereses acusatorios, sino también la defensa en juicio, posibilitando al imputado un contradictor que no es el que tiene que decidir.

Estas consideraciones básicas -y para despejar confusiones históricas como aquellas de que lo jurisdiccional es todo lo que hace un juez- son las que determinaron al nuevo legislador a consagrar expresamente en los códigos adversariales la estricta separación de funciones, que es una de las características principales de todo el proceso de reforma y receptada en el artículo 18 de nuestro código procesal. En realidad, con esta norma, el legislador no hace más que repetir la misma conclusión que debe extraerse de la propia letra de la Constitución Nacional, al separar las funciones del Ministerio Fiscal –artículo 120- y la de los jueces -arts. 120, 116 y 117-, amén de los argumentos políticos de división de poderes fundados en el principio republicano, y también normativos basados en el diseño de los juicios por jurados y políticos previstos en ella.

Así lo sostuvo nuestra Corte Suprema de Justicia Nacional, sobre todo en el caso " Quiroga" (23/12/2004- Fallos- 327: 5863), en el que al declarar que la Constitución Nacional impone el modelo de enjuiciamiento penal acusatorio en todas sus etapas, precisó que sólo la acusación habilita la jurisdicción, esto es, el juez sólo puede decidir lo que se le planteó como controversia. *(Cfr., para todo lo dicho: FERRAJOLI Luigi; Derecho y Razón, Trotta, España, 1995, pags. 567/570; MAIER, Julio B.J.; D.P.Penal, TI, Del Puerto, Bs As, Pags.554/556 y BINDER, Alberto M. Derecho Procesal Penal, T II, Ad- Hoc, Bs As, 2014, pags. 462/466).*

5. En cuanto a la garantía de defensa en juicio, también sabemos que el derecho a ser oído, como núcleo de ella, exige no solo la existencia de una imputación clara y precisa que parte de un órgano extraño al juez, conocida por el imputado, y que pueda contestarse en una audiencia ante un tribunal de forma libre y voluntaria, sino que también requiere que la sentencia solo se expida sobre los hechos imputados, es decir, sobre todos los

elementos de la imputación acerca de los cuáles el acusado tuvo la oportunidad concreta y real de ser oído, puesto que, como dice el maestro Maier, de nada serviría garantizarle el conocimiento de la imputación y la audiencia para contestarla, si luego el tribunal pudiera fallar por afuera de tal contexto. Esta prohibición es la que destaca el principio de correlación entre la acusación y sentencia, conocido también como principio de congruencia, que establece el ámbito de decisión del tribunal, consagrado expresamente en el primer párrafo del artículo 332 de nuestro código procesal, al establecer que la sentencia no podrá sobrepasar el hecho imputado con sus circunstancias y elementos descriptos en la acusación y en el auto de apertura o, en su caso, en la ampliación de la acusación.

Sin entrar en la discusión acerca de si el cambio de calificación jurídica afecta el principio, puede decirse hoy que ello solo es posible si se mantienen incólume los hechos descriptos en la acusación, tanto desde el punto de vista objetivo, como subjetivo. Pero aún cuando los hechos se mantengan idénticos, nuestro código exige la advertencia al imputado, si se pretende una calificación más gravosa, mientras que se permite una más leve si el acusado efectivamente tuvo la posibilidad de resistir los hechos descriptos por los acusadores, conforme segundo párrafo del artículo mencionado.

Estas consideraciones fueron recibidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "*Fermín Ramírez c. Guatemala*" (20/06/2005), en el que se dijo textualmente *que la descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia……La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o*

por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos……El llamado "principio de coherencia o correlación entre acusación y sentencia" implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación.

También es la interpretación de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en varios casos, como " Fariña Duarte" y " Sircovich", 06/06/2004 y 31/10/2006, respectivamente, en los que se consideró que el cambio de calificación jurídica implicó una modificación de los hechos imputados, pues en el primero el tribunal condena por el delito de robo con armas, elemento no incluido en la acusación, mientras que en el segundo, si bien el tribunal mantuvo los hechos imputados, al cambiar la calificación jurídica, necesariamente cambió los hechos, pues la nueva calificación -estafa procesal en lugar de desbaratamiento- tenía un supuesto fáctico legal distinto. Este último fallo citado es importantísimo para el tema de la congruencia, en los casos en que el tribunal cambia la calificación legal, pues demuestra que la congruencia debe ser analizada caso por caso, sin que sea correcto establecer una regla inflexible en cuanto a que ella alcanza únicamente a los hechos descriptos en la acusación -premisa menor-, pues es posible también la afectación de la garantía cuando se cambia la premisa mayor -esto es el tipo penal- es decir, la situación fáctica normativa, los hechos en abstracto descriptos por la proposición normativa.*(Cfr. MAIER, ob.cit., págs. 568/576 y LANGEVIN, Julián H.; Nuevas formulaciones del principio de congruencia: correlación entre acusación, defensa y sentencia, Ed. FD; Bs As, 2007, págs. 122/129)*

6. Teniendo en cuenta el marco teórico delineado en los apartados anteriores sobre imparcialidad y congruencia, debemos ahora decidir el caso traído a impugnación, adelantando que la sentencia afectó ambos puntos. Veamos.

El acusado fue imputado por el delito de incendio, con la agravante muerte, conforme inciso 5 del artículo 186 del código penal y condenado por homicidio preterintencional, conforme inciso 1, b) del artículo 81 del mismo cuerpo.

En primer lugar, debemos comparar los supuestos legales fácticos de ambos tipos penales, a los efectos de verificar la identidad de los hechos en la premisa mayor.

Comenzando por el aspecto objetivo, el incendio ya es distinto desde el bien jurídico afectado- seguridad pública-, pues allí hay que comprobar un peligro indeterminado para bienes o personas, en tanto el delito de lesiones afecta la integridad física de determinado individuo. Asimismo, el incendio, esto es, fuego con características de expandibilidad que lleve al peligro concreto de personas o bienes indeterminados, puede ser cualquier acción que tenga esas características, mientras que la lesión requerida en el homicidio preterintencional, si bien puede cometerse con una "bengala", exige que el instrumento, tal como fue utilizado, no pueda razonablemente causar la muerte, lo cual es incompatible con el uso de una bengala que causa peligros para personas o bienes indeterminados. Basta con ello para demostrar que la figura del incendio, en su aspecto fáctico-normativo objetivo, es distinta al del homicidio preterintencional.

Consecuentemente, la disparidad también se da en el aspecto subjetivo, puesto que el conocimiento y voluntad de causar un fuego con expandibilidad peligrosa para bienes o personas indeterminadas -esto es dolo de incendio-, es incompatible con el plan de lesionar a determinada persona seleccionando un instrumento que no tiene aquellas características y que no fuera utilizado con aquellos fines.

En otras palabras, si el dolo supone un plan en el que se seleccionan medios para llegar a la finalidad

típica, incluyendo la previsión del curso causal hacia el resultado, va de suyo que la planificación del incendio con resultado de muerte requiere la utilización efectiva de un medio que cause peligro indeterminado para las personas o bienes, más la previsibilidad de la muerte, en tanto el homicidio preterintencional exige un plan de lesionar a determinada persona con un medio o modo no letal, pero que lleva como resultado la muerte, la que necesariamente también deberá ser previsible desde el punto de vista objetivo.

Como puede observarse, el tipo penal escogido por los acusadores y el seleccionado por los jueces en la sentencia, son diferentes, sobre todo en los supuestos fácticos, tanto en lo objetivo como en lo subjetivo, por lo que se trata de hechos diversos y, ergo, no imputados ni intimados y, mucho menos, contradichos por el acusado.

7. Entonces, habiéndose violado la imparcialidad del tribunal, al efectuar éste atribución de hechos que no le habían sido planteadas por los acusadores, y condenar por hechos descriptos genéricamente en la acusación, pero que no se corresponden con el supuesto legal fáctico del tipo escogido, la sentencia es inválida. A su vez, como esta invalidez se funda en la violación de garantías establecidas a favor del imputado, el procedimiento no puede retrotraerse a etapas anteriores, por lo que habrá que absolver al imputado, conforme expresa manda del artículo 162, segundo párrafo del código procesal.

8. Respecto a las C.s y regulación de honorarios que corresponde a la Defensa Pública por su actuación en esta etapa,

comparto los propuestos por el Juez del primer voto.

De conformidad con los votos precedentes, esta Cámara en lo Penal dicta la siguiente, **S E N T E N C I A:**

1) Hacer lugar a la impugnación ordinaria deducida por la defensa técnica del imputado D. R. G., cuyas demás circunstancias personales obran en autos, contra la sentencia Nro. 2016/16 OJ Tw dictada en fecha 14/09/16;

2) Absolver a D. R. G. en orden al delito por el que fuera condenado (arts. 28 C.P.P. y art.44, último párrafo de la Constitución Provincial)

3) Imponer las C.s al Estado (art. 242 CPP) y regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la suma de cuarenta (40) JUS, por la labor desarrollada en esta instancia, de conformidad con lo establecido en los arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII- Nro 15, antes decreto ley 2.200), y art. 59 y concs. de la ley V-90 (antes ley 4920); **4)** Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Roberto Adrián Barrios

Omar Florencio Minatta **Alejandro Gustavo Defranco**

Registrada con el Nro. 34/16 de la Cámara en lo Penal de Trelew. Conste.